

内山 尚三

建設業法の要点（新版）

内山 尚三 打田 峻一 加藤木 精一

新訂・建設業法

山口 康 夫

一

日本の近代法が、日本社会に西欧法を移植する過程のうちに形成されたことは歴史的な事実である。しかし、それは、日本法が西欧法そのものとして形成され機能してきたことを意味しない。その過程には、不平等条約撤廃や資本主義国家形成を目的とした近代化要求が、明治政府によって西欧法の継受として政策化されたことによる政策的濾過作用、および日本の歴史的伝統を基盤とする文化的環境による文化的濾過作用が、つねに働いていたとみてよいであろう。以上を起点とする日本法と西欧法の同化と異化の問題は、これ以後日本法分析の視点としてたえず

内山尚三 建設業法の要点（新版）

内山尚三 打田峻一 加藤木精一 新訂・建設業法（山口） 一四一

重要な位置をしめてきている。また同時に、諸外国との交流の結節点で顕現する日本法的基本的特徴となっている。

最近の政治・経済の分野において、もっとも注目された問題のひとつは日米構造問題協議であるが、ここでもまた、以上の日本法の特徴が論点となっている。すなわち、日米構造問題協議<sup>(1)</sup> (Structural Impediments Initia-tive) では、外国企業の参入が問題となり、これが排除される要因として、競争制限的取引慣行の存在が指摘され、具体的例示として、建設業関連としては談合問題がとりあげられている<sup>(2)</sup>。談合は、公共工事の受注に際して建設業者間で行なわれるといわれているが、談合のとらえかたは、日米でかなりの隔たりがあるようである。すでに指摘されているように<sup>(3)</sup>、談合問題は、わが国の公共工事全体の仕組みから派生する問題であり、建設産業の構造的問題である<sup>(4)</sup>。談合問題に示されるように、日本法が形式上西欧法に同化したとしても、現実には同化と異化を往還しているといわなければならない。建設産業は、産業資本としての自立が遅れ、前近代的关系を残存してきたが、この意味において前述のような日本法の特徴を良く示す産業分野であるといつてよい<sup>(5)</sup>。

ところで公共工事で、なぜ談合が行なわれるのかの問題については、公共工事での指名入札制度に根本の原因があると考えられる<sup>(6)</sup>。指名入札は、わが国の公共工事の契約事務でとられている契約のうちのひとつであるが、会計法によれば、指名競争契約は、特定少数の者が指名され、その競争により有利な条件を示した者と契約する方法である（会計法二九条の三第三項）。対象となる者の範囲が限定される結果、談合が比較的容易となるのである。このような指名入札は、公共工事のほとんどの場合に利用され、慣行化されているといつてよいであろう。指名入札が慣行化している理由としては、この方法により、能力不足、不誠実、不信用の者の参加を排除できることにあるほか、請負契約の片務性、建設業法の許可制度、予定価格制度、および、これを支える日本人の考え方や精神構造

に由来すると思われる<sup>(8)</sup>。より根本的には、建設産業の構造そのものから派生しているといつてよいであろう。

建設業分野の基本法に建設業法があるが、同法は、請負契約の片務性を是正する点を立法理由のひとつとし、また、同法の許可制度は談合問題の焦点となっている。このため、建設業法は日米構造問題協議の重要論点として議論の対象とされている。これ以前にも、すでに一九八六年五月に日米貿易摩擦の重要課題として、外国建設業者の参入の問題が表れていたが、この問題も、日米の建設業法および建設業の実態が大きく異なっていることが原因であった。

以上のように、建設業法に対する関心が高まってきたところ、内山尚三<sup>(9)</sup>著『「新版」建設業法の要点』（一九八九年、清文社）、内山尚三<sup>(10)</sup>・打田峻一<sup>(11)</sup>・加藤木精一<sup>(12)</sup>共著『新訂・建設業法』（一九九〇年、第一法規）の二著が、一九八八年の同法大改正（一九八七年六月公布、一九八八年六月施行）を契機として出版された。現時における建設業の基本課題を認識するとともに、課題解決を図る前提となるであろう建設業法の重要性からして、以上の二著を検討する今日の意味があると考えられる。

また、建設業法は行政取締法としての性格をもつが、この側面で評者の研究関心と密接に合致しており、この意味においても、二著の検討の必要性が生ずる。すなわち、現代の資本主義国家は行政国家であるといわれるが、<sup>(13)</sup>法的にみてこの特徴が現れるのは、経済社会に対する国家の積極的介入である。わが国における介入の重要な手段は業法規制という形態である。したがって、業法規制を読み解くことは、わが国の現代法体系の認識を深め、これを批判的に検討するための必要条件となつていふと思われるのである。以上のような観点から、評者としては、これまで保険業法、銀行法、宅建業法、割賦販売法、訪問販売法などの業法の検討を行なってきたのであるが、<sup>(14)</sup>この延

長のうゑで建設業法の検討を行ないたいと考える。<sup>(15)</sup>

以上のような、現実的要請および研究上の関心から、二著を読んでいきたいと思う。

ところで、前著（以下では（要点）と略す）は、啓蒙的著作であり、後著（以下では（業法）と略す）は、研究者・実務家を主たる対象とした、専門性の高い著作である。いずれも、建設業法の条文の逐条解説（コンメンタール）という形式をとっている。コンメンタールという両著の性格上の制約と同時に、紙幅の制約もあることから、以下では、網羅的に紹介する余裕がなく、両著の骨子となる部分を重点的に検討していくこととしたい。なお、本稿は、書評という形式を借用した、建設業法の要約・紹介という側面、および評者の建設業法研究のためのノートとしての性格を併せもっている。

## 二

現行の建設業法は、十一章一二六カ条で構成されている。二著とも、この逐条解説である。つぎに、同法の章別にしたがい、二著の論旨を紹介・整理する。

### 一章 総則

建設業法は、建設業者の資質の向上、請負契約の適正化などを図ることにより、建設工事の適正な施行、発注者の保護、建設業の健全な発達を促進し、これをもって、公共の福祉に寄与することを目的とする（一条、要点・一頁、一七頁以下、業法・一六頁以下）。

以上のような目的の設定は、従前にみられたような建設業経営の封建的・前近代性格を脱却し、建設業の近代

化を図り、経営能力や施行能力を向上せしめ、社会的信用をも向上させることを目標とすることを意味する（業法・一七頁）。すなわち、建設業は近代化の遅れた分野であること、資本なしで簡単に事業を始めることができるため新規参入が容易であり悪質業者が増加しやすいことから、これらを是正する必要がある、同時に、建設業は受注産業であり移動性や屋外性・総合性などの点で特異な性格をもっており（要点・一八～二〇頁）、ここでは、相対的に建設業者の立場が弱くなることから、建設工事の請負契約は権利・義務関係として形成されにくいいため、請負契約の適正化を図る必要がある（要点・二〇頁）。以上のことから、一条の目的が設定されているのである。

また、同法二条では、総則として、建設工事・建設業・建設業者・下請契約・発注者・元請負人・下請負人についての用語の定義がなされている。

## 第二章 建設業の許可

建設業は、原則として任意に営むことができない。すなわち、第二章は、建設業の許可制、許可の種類、要件について定める。建設業法では、制定時には登録制がとられていたが、昭和四六年改正により許可制に改められている。それは、「施行能力、資力、信用のない建設業者の輩出防止、一式業者と職別専門業者との職能の分別、職別専門業者の専門化の促進など、建設業者の資質の向上、建設業の近代化・健全な発展、ひいては、注文者が工事を発注するにあたって、工事の種類、規模、施行の在り方などに応じて適格な建設業者を選定できるなど、注文者の保護を図るためである。」（業法・三一頁）。

建設業の許可には、①大臣許可と知事許可、②一般建設業と特定建設業の許可、③業種別許可制がある。②は、昭和四六年改正で下請負人の保護を目的として設けられたものであり、③は、専門工事業者の専門化をいっそう促

進し、その地位の安定化を図るためである（要点・二九〇三頁、業法・三一頁以下）。

一般建設業の許可は、申請主義であり、許可申請書を建設大臣または都道府県知事に提出しなければならない。

許可申請書の内容は、五条に規定されている。また、許可申請書には、工事経歴書などの添付書類が必要となる（六条）。許可基準としては、①建設業に関する経歴年数、②技術者の設置、③誠実性、④財産的基礎が定められ、これらの要件をすべて満たしていない場合には、建設業の許可は受けられない（七条、要点・四六〇四七頁、業法・六六〇八三頁）。

特定建設業の許可を受けなければならない場合とは、「発注者から直接請け負った一件の建設工事について、その工事の全部または一部を、下請代金の額が、二、〇〇〇万円以上となる下請契約を締結して施行しようとするとき」であり、許可を受けようとする建設業が建築工事業である場合には、三、〇〇〇万円以上の場合である。特定建設業の許可を受けた者に対しては、下請負人を保護するためなどの理由から、一般建設業に比べ財産的基礎に関わる要件や技術者の要件について加重され、また、二四条の五、二四条の六、四一条二項のような規定が設けられている。なお、特定建設業の許可を受けていないと、下請代金の額が二、〇〇〇万円以上となる下請契約を締結することができない（建築工事業では三、〇〇〇円万以上）とされる（一六条、要点・八七頁、業法・一一八〇一一九頁）。

### 第三章 建設工事の請負契約

第三章は、建設工事の請負契約の適正化と下請負人の保護について定める（業法・一二三頁）。一八条で「建設工事の請負契約の当事者は、各々の対等な立場における合意に基いて公正な契約を締結し」なければならないとす

るのは、現実の請負契約において、発注者と受注者、元請と下請との関係が、対等で近代的・合理的な関係になっていないからであり、それを是正するためである。信義・誠実の原則が文言に入っているのも、当事者の関係を近代化しようとするためである。すなわち、契約の締結においては、公正・平等の原則、契約の履行においては、信義・誠実の原則を規定したのが一八条である（要点・九四頁）。

請負契約の当事者は、契約締結に際して一九条規定の事項を書面に記載し、署名または記名捺印をして相互に交付しなければならない（一九条）。後日の紛争防止とともに、請負契約の片務性を是正し、建設工事の近代化に資することを目的とするのである（要点・九七頁）。

なお、建設物は受注生産物であり、発注者は請負人に対して優越した地位にたつことが多く、その地位を不当に利用して、不当に低い価格での受注を請負人に強いることがあるので、これを排除し、そのことによって請負人を保護し、また、建設工事が的確に施行されることを目的として一九条の三が定められている（要点・一〇七頁、業法・一四三頁以下）。さらに、その地位を不当に利用して、請負契約締結後、不当な使用資材等の購入を強制することも禁止される（一九条の四）。両条に違反して、工事請負契約を締結した場合には、手抜き工事、粗雑疎漏工事、公衆災害や労働災害を発生させ、また、下請負人の経営を圧迫するから、発注者に対して許可行政庁は勧告をすることができる（一九条の五、要点・一一三頁、業法・一五三―一五八頁）。

建設工事は、着工に際して資材、機械、労働者の募集などに相当の資金を必要とする。ところが、一般に建設業者には担保となるような資産が乏しく、工事を受注しても金融機関から融資をうけることが困難な場合がある（要点・一一八―一一九頁）。そこで、注文者は前払金を支払うことが商慣習となっている。このため、前払いをした

注文者は、不安定な立場となるから、前払金の担保として、建設業者に対して契約保証人を立てることを請求できる（二一条、業法・一五三―一五八頁）。

請負契約は、請負人が契約どおりに工事を完成し、それに対して報酬を払う契約であるから、その手段や工事の施行は、請負人の自由である。しかし、設計図や仕様書どおりに目的物を完成するためには、工事の施行が適正になされねばならない。また、注文者が建設業者を選択するときには、業者の技術、資力その他に対する信頼性のあることが重要な要素になる。ところが、一括下請負は、工事の適正な施行の欠如、請負代金の増大、工事の質の低下をまねく可能性を生ずる。ブローカー的業者を容認することにもつながる（要点・一二二―一二三頁、業法・一五九―一六三頁）。以上を理由に、原則として一括下請負は禁止される（二二条）。

なお、対価を得て行なう工事については、契約の名称にとらわれず、すべて建設業法にいう請負契約とされる（二四条、要点・一二八頁、業法・一六五頁）。

元請負人が建設工事を施行する際には、下請負人の意見を聴取しなければならない（二四条の二）。建設工事は、工事現場にいる元請負人の所長や現場主任などの総合的な指導管理のもとに、下請負人が実際の工事を行なっている。したがって、工事が円滑かつ適正に施行されるためには、元請と下請けが緊密に連絡し、協調していくことが必要である。そのため、元請負人が工事を施行し管理していくには、下請負人の意見を反映させ、それを織り込むべきであることから、本条が設けられている（要点・一三〇―一三一頁、業法・一六六―一七〇頁）。下請代金の支払い（二四条の三）についても制約があり、また、工事完成後、元請負人が工事の検査を遅らせると下請負人に必要以上の管理責任を負わせ、下請代金の支払い遅延の原因ともなるので、元請負人の竣工検査の実施と工事目的



物の受領が義務付けられている（二四条の四、要点・一三七頁、業法・一七七―一八〇頁）。特定建設業者の下請関係についても制約がなされている（二四条の五、二四条の六）。

### 三章の二 建設工事の請負契約に関する紛争の処理

建設工事の請負契約に関する紛争は、技術的な問題が絡みあっており、公正な解決をするには困難が少なくない。このため、昭和三十一年の法改正で、建設工事の請負契約に関する紛争の解決を図ることを目的として、建設工事紛争審査会が設置されている。審査会により、迅速かつ簡易に紛争を処理することとしたのである。紛争の意義や範囲については規定がないが、請負契約の当事者において生じた契約にもとづいて発生した権利・義務に関する紛争と解釈される（要点・一四八頁、業法・一九五頁以下）。

審査会は二種類に分かれる。すなわち、中央建設工事紛争審査会と都道府県建設工事紛争審査会である。審査会（二五条の二―一〇）は、あっせん、調停および仲裁を行なうことができる（二五条の一―一六）。

### 四章 施行技術の確保

建設業者が施行技術の確保・改善をはかることで、適正な建設工事を行なうことができ、また、工事の途中で生ずる第三者災害や労働災害を防止することができる（二五条の二五）。このため、主任技術者あるいは監理技術者の設置を義務付け（二六―二六条の二）、さらにこれらの技術検定制度が設けられている（二七条、業法・二八一頁以下）。

### 四章の二 建設業者の経営に関する事項の審査

本章は、昭和六二年に大改正がなされた部分である。経営事項審査制度は、昭和二五年以来、建設業者の信用・

技術・施行能力等を総合的に評価する制度として設けられているが、施行能力や資本・信用に欠ける者を排除し、「技術と経営に優れた企業」を育成するという点からは、審査内容・審査体制の面から必ずしも十分ではないという指摘が中央建設審議会第一次答申でなされ、これにもとづき改正がなされたのである（要点・二三二～二三三頁、業法・三四五頁）。

建設業は許可を必要とし、許可基準が設けられているが、許可基準は建設業の営業を行なう最低かつ必要な条件であるにすぎないから、条件を満たしているからといって、工事規模・難易などに差がある建設工事を施行するのに適当であるとはいえない。そこで、建設工事の発注者は、工事の規模、それに必要な技術的水準などを考慮して、それに適合する建設業者を選んで、請負契約を締結することになっている。また、国や地方公共団体が発注する公共工事は指名競争入札が随意契約で行なわれている。この場合には、発注機関にとっては、各種の工事を的確に施行できる優良な建設業者を選定することが重要な問題となる。すなわち、資格審査や格付がなされる。審査は客観的事項に関するものと、主観的事項に関するものに分けられている。経営規模・経営比率などの客観的事項については、発注機関が個々に行なうより、特定の第三者が統一的に一定の基準によって審査するほうがよいことから、これを建設大臣または都道府県が行なうこととなっている（二七条の二三、要点・二三一～二三五頁、業法・三四五～三六二頁）。

行政庁を補完させ、より充実した審査を行なうことを目的として、建設大臣または都道府県知事は、建設大臣が指定する「指定経営状況分析機関」をおき、経営状況の分析を行なわせることにしている。このため、建設業者は経営状況の分析については指定機関に、その他の事項については大臣または知事に申請しなければならない（二七

条の二四、二七条の三二、要点・二四三頁、業法・三六三頁、三九四頁。

#### 四章の三 建設業者団体

建設業は前近代的要求を残存しており、規模や業種も多様であるので、これを近代的な産業に育成することは容易なことではない。そのために、建設業者の団体が、自らの努力をするほかに、建設省や都道府県当局の行政指導が重要な役割をもつと考えられるに至った。そこで、建設大臣または都道府県知事が、建設業者団体に対して、建設工事の適正な施行を確保し、また、建設業の健全な発達をはかるために必要な指導、助言および勧告を行なうことを可能とするために、昭和三六年の法改正により本章が設けられている。以上の目的を達成するためには、建設業者団体の実態や活動状況を把握しておく必要がある。そこで、建設業者団体に対して届け出の義務を課している（二七条の三、要点・二五三、二五四頁、業法・三九五、四〇〇頁）。

#### 五章 監督

建設大臣などの許可行政庁には、不適正な建設業者の是正を行なうために、「指示」、「営業の停止」といった行政処分権限が認められる（二八条）。その他、許可の取消（二九条、二九条の三）、営業の禁止（二九条の四）などが定められている。

#### 六章 中央建設審議会及び都道府県建設審議会

中央建設審議会は、他の法律（「公共工事の前払金保証事業に関する法律」）により、その権限に属させられた事項を処理することと、建設大臣の諮問に応じて、建設業の改善に関する重要な事項を審議することを目的として設置されたものである（三三条、要点・二八〇頁、業法・四四一、四四四頁）。審議会は、建設業に関する事項につ

いて、自主的に調査審議し、その結果を関係各庁に建議することができる。すなわち、建設工事の標準請負契約約款、入札参加者の資格に関する基準、予定価格を構成する材料費・役務費以外の諸経費に関する基準などを作成し、関係各庁にその実施を勧告することができるとなっている。

## 七章 雑則

標識の掲示、表示の制限、指導・助言・勧告、公正取引委員会への措置請求などが規定されている。

## 八章 罰則

罰則も定められている。

## 三

以下では、評者の問題関心に沿って、二著により啓発された論点を中心として検討する。

1 「産業論のなかで建設産業は、研究の最もたちおくれた分野、というよりはむしろ研究の対象となりえなかった分野であったように思われる」、と著者が指摘したのは、一九七〇年のことであるが、<sup>(16)</sup> こんにちにおいても、以上の状態は根本的变化を来たしていないようである。しかし、いったん視点を建設産業の現実に戻してみると、この間の変化には、いちじるしいものがある。この落差は、建設産業それ自体のうちにあるといわれるが、<sup>(17)</sup> この間隙を埋めることは喫緊のことと思われる。

建設業そのものについて、研究が皆無だったわけではない。すでに、川島・渡辺両教授が戦前の官公庁請負工事の実態を分析し、その片務性が解明され、大きな成果をあげている。<sup>(18)</sup> わが国建設業を特色づける建設労働、元請・

下請問題も実態の理論的解明がなされている<sup>(19)</sup>。請負契約約款についても、約款の成立可能性、実効性を、建設工事の実態・特殊性との関連のもとで論じた貴重な論稿も存在する<sup>(20)</sup>。また、共同研究もなされており、実務面からの相<sup>(21)</sup>当の研究の蓄積もある<sup>(22)</sup>。建設「産業」についても、社会科学的分析がなされている<sup>(23)</sup>。しかし、建設業法に関する総合的な解説・研究書は、本稿が対象とする二著を数えるのみである。建設業法のような業法Ⅱ行政取締法は、専門化した学問領域の狭間にあるものであるので、研究の空白の生じやすい法領域である。この意味において、この二著が、きわめて重要な現代的意義を有する著作であることに異論はない。しかし、当然のことながら、単に先駆的であるという意味においてのみ意義があるのではなく、建設業法を建設業の構造そのものとの関わりにおいて解説、検討しているという点で、二著の学問上の重要性があると思われる。換言すれば、建設業に関する法の研究の現状という側面からすれば先駆的業績であり、また、行政の優位という特質をもつ現代資本主義法の理解を深めるための不可欠の研究という側面からしても、きわめて重要な意義をもった著作であると思われる。

「業法」は、研究者と実務者との共同執筆によるものであり、通達などが総合的に織りこまれ、立体的に建設業法が解説されている。「要点」は、単独執筆によるもので、啓蒙的な著作を目的としているが、理論水準は「業法」と同様に保たれている。また、「要点」には、建設業法施行令、同施行規則の全文が掲載されており、「業法」には欠けている、この意味では、むしろ有用性が高いかもしれない。

二著とも、建設業法を、建設業の構造との関わりでとらえようとする点で共通している。この点において、近時の建設業に関連する諸課題を解決する際の重要な指針となる著作である。なお、著者（内山博士）には、他に請負に関する判例を総合的に分析した著作<sup>(24)</sup>があり、これも合わせて参照することにより、建設業に関する法的課題につ

いての判例・学説の現況が明らかとなる。建設業と消費者法の関連については、著者と評者の共同論文がある。<sup>(25)</sup>

つぎに、主要な論点について、検討を行なう。

2 第一に、建設業法をどのように理解するかが問題となる。建設業法は、第二次大戦後の戦後復興期において、建設業者が激増し、粗悪工事が多発し悪質業者が輩出したことから、これに規制を加えることにより注文主を保護し、また建設業者の取締を通して業界秩序の育成を図ることを目的とした立法である、と説明される（業法・一、二頁、要点・一、三頁）。すなわち、取引秩序法としての行政取締法である。たしかに、同法は、当初の目的を悪質業者の排除においていたことで明らかなように、建設業の近代化を図る「近代化立法」であったことは疑いない。同法の立法時における政策課題がどこにあったのかを良く示している。また、当時の建設分野では、市場機構による自立的取引秩序のメカニズムが信頼に足るものでなかったことを窺わせる。しかし、問題はこれに尽きるものとは考えられない、というのが評者の意見である。すなわち、建設業が一貫して、国家政策―産業政策―の対象となってきたこと、これが建設業法を特色づけているのであり、近代化立法はその結果であり、また、それから以後の国家政策遂行のための手段の構築であると思われる。以上の見解は、皮相的にすぎるであろうか。つぎに、若干の検討を要するであろう。

建設業は、著者がすでに他の著作で解明されているように、特殊な産業構造を有する分野である。<sup>(26)</sup>とりわけ、わが国における戦前の建設業は、産業として自立しておらず、建設企業は、資本制企業として発展をみず、近代産業として成熟しなかったのであるが、この要因は、建設生産と建設市場の特質に求めることができる。一般に建設業は、受注産業であり、工事は総合性、移動性、屋外性、下請性を特徴とする。建設生産と市場は「不完全市場にお

ける生産地限定注文生産」である。<sup>(27)</sup>ところが、以上のことは建設一般に共通する特徴であり、とくにわが国の建設業の特徴を示したことはないであろう。わが国の建設業を特徴づけるのは、重層化した下請生産機構の存在であり、これを利用した国家政策である。<sup>(28)</sup>国家政策は、戦前においては、建設業の近代化を阻止する方向で機能していたことが明らかである。たとえば、建設業における近代化のひとつの指標として、機械化の推進があげられるであろうが、戦前においては、政策的にこれが阻止されてきたのである。すなわち、建設労働の底辺を支えたものは、図式化していえば、基本的に産業予備軍と農村の遊休労働力であったが、一九二〇年代以降の恐慌による失業者の爆発的増大と、これにともなう失業問題の社会問題化、政治問題化に対応するために、国は社会政策の代替物として、公共建設事業を推進していくことになる。失業労働力の吸収、活用を基軸とした建設事業が、機械化と背離することは当然であろう。<sup>(29)</sup>この場合の政策課題は、建設業の近代化ではなく、より根本的な国家政策の一環としての社会政策の遂行を目的とするものにおかれているのである。

以上の文脈からすれば、建設業法が制定されたのは、建設業の近代化を進めることを通して、国家政策の合理的な実現を図るためであるといつてよいであろう。この国家政策は、景気調整および恐慌予防のための、統一的で目的意識的な政策体系の展開である。その後の数度の改正が、同法を建設監督法として次第に特徴づけていくのは、十分理由のあることである。すなわち、建設業法は現代の体制にふさわしいものへと再編され、現代国家の政策展開のために、業法の諸規定が用意されることになったのである。日米構造問題協議において、建設業が問題とされるのも、この展開が終局的段階に入ってきていることの例証であるといつてよい。もち論、以上の視点は、二著において、重要なモチーフになっているのであるが、評者としては、この点をより根本的なものととらえ、国家政策

の一環として建設業法を位置づけ、「法の政策化」の一事例として、これを再検討したいと考えていることから、本書評において、あえて付加的説明をしているのである。

3 一九六一年改正で「建設業者団体」に関する規定が新設され、また、建設業立法時の業者登録制が、一九七一年改正で許可制に変更された。これにともない行政監督制度が改められたことも、以上の文脈から理解する必要があると思われる。

建設業者団体規定新設の際の参議院建設委員会の議論はつぎのようなものであった（業法・三九六頁）。すなわち「業者団体が健全な自主的活動を一そう促進する」というためには、行政機関といたしましてもこれらの団体に対して適切な指導を行なう。また行政上の問題につきましても、直接建設業者に対してだけ指導監督するだけでは、問題の解決が必ずしもうまくいきませんので、これらの団体を通じてこの業に対して行政上の指導監督をするということも必要」であるので、その前提として業者団体の実態および活動状況を行政機関において把握しておく必要があることから、建設業者団体に届出の義務を課したものである、とされる。また、建設業界でも長年の懸案事項とされていたもので、建設業界の健全な発達のために必要であるとの認識があったといわれる。

著者はこの点について、具体的運用によっては、権力的な行政指導を押しつけたたり、中小零細業者に対するこれと影響力を強めることにねらいがあるのではないか、また、建設産業の再編成、系列化というものを招来してくるのではないかなどの議論を紹介し、種々の弊害が生ずる危険性があるとの指摘を行なっている（業法・三九六～三九七頁）。

しかし、以上のことは、現時では、すでに建設業法にもとづく建設行政が完成し、政策が直接影響力をおよぼし



ているということを意味するのではない。反対に、この不徹底が業者の乱立をもたらし、指名入札を当然視させ、結局、談合問題を引き起こしているともいえるのである。建設業法が取締りと育成という困難な課題を担わされていることの、ひとつの問題点の露呈といえるかもしれない。目的の二重性は、規定内容を複雑化させ法的処理を混乱させる要因となるであろう。また、建設に関連する業種は多種多様で複雑であるにもかかわらず、これを一つの法律で規制していくことには限界があると思われる。そして、これらのことが、従来の建設行政の特徴をよく示しており、また、建設業の課題を提示している。現段階では、建設業の構造的課題を解決することが第一であり、行政によりすべての解決が得られるとするのは、行政に対する過信であり、短絡であると思われる。問題の抜本的解決は、構造的課題を摘出し、この解決を進めることにおかれなければならないと思われる。

以上の観点からすると、行政監督についての著者のつぎの指摘は重要である。すなわち、「第一に、建設業者に不正が少なくないということは、必ずしも監督が不十分であったとか、悪質な業者が多いからということだけではなく、請負契約が前近代的であり、また、下請関係など、根本的な原因による場合が少なくない。したがって、そのような前提的諸問題を解決することなく、単に監督処分を強めるだけでは、「建設業の健全な発展」に資することができない」とするのである（業法・四〇二頁）。

許可↓団体↓監督の過程は、たとえば、保険業の場合に典型的な効果をあげているといっているが、建設業では、その前提となる基盤にまだ欠けるところがあるといつてよいであろう。著者の一連の著作は、この視点を重視しているものであり、注目される。

4 つぎに、行為（契約）規制の問題がある。企業主体と取引相手方の利益が対立する、契約関係の側面での業法

規制の問題である。建設業法は、第三章で「建設工事の請負契約」について規定しており、本章を具体化するため、同法は建設請負契約約款の作成・利用を図っている。すなわち、同法一八条は「対等な立場における合意に基づいて公平な契約を締結」すべきであり、契約に関する一定の重要な事項は必ず書面に記載し、署名・捺印をして相互に交付しなければならないとする（同法一九条<sup>(32)</sup>）。これを実効性あるものとするために、同法三四条二項では、中央建設審議会は、標準請負契約約款を作成し、その実施を勧告することができる、としている。

中央建設審議会は、第六章で組織、権限について規定されているが、その権限のひとつに約款の作成とその実施の勧告がある。同審議会の権限にもとづいて作成された約款には、建設工事標準請負契約約款（昭和四七年に公共工事標準請負契約約款と改称されている）、民間建設工事標準請負契約約款（甲）、民間建設工事標準請負契約約款（乙）、建設工事標準下請負契約約款（甲）、建設工事標準下請負契約約款（乙）（後二者は、昭和五二年に建設工事下請負標準契約約款として統合されている）がある。<sup>(33)</sup>

建設業における約款の使用は、いずれも公共工事の請負で顕著であった片務性を排除し、建設業の分野に残存する前近代的関係の近代化を図り、同時に紛争の防止に寄与しようとするものである。以上の理由により、建設請負契約約款の利用が図られているのであるが、そうだとすると約款の実効性の確保、担保が問題となるであろう。ところが、一八条、一九条は訓示規定とされ、この点で建設業法は徹底しておらず、今後問題を残している。

ところで、一般に約款は、経済的優位を維持・強化することを目的として利用されると理解され、現実にも機能しているのであるから、これからすると建設業法における約款は特異な性格をもっているといつてよい。これはどのような理由によるのか。<sup>(34)</sup>端的にいつて、建設業の分野では、建設業者の優位を保障するところの、普通約款の形

成は期待できず、機能するに十分な根拠が欠けているからである。<sup>(35)</sup> すなわち、受注産業である建設業で、激しい受注競争がある場合に、受注条件など契約内容が発注者の意向に左右されることは明白であり、とくに、公共工事のように、発注者が経済力で優位にあるとすると、対等の立場で契約内容を決定することはいちじるしく困難である。また、中小業者が多数存在し、受注競争が激しい場合、業者は、常に他に先んじて、あるいは、うかつて仕事を獲得しなければならないという点でも、建設業者は経済的劣位にあるといつてよい。したがって、契約締結過程がどのようなものであれ、個々の契約のつど、注文者の主導のもとに契約内容が決定されていかざるを得ないであろう。このような状態のもとでは、建設業者の優位を保障するところの普通約款の形成は期待できないことになる。

以上のようにみると、建設請負契約約款は、従来の約款理論によって説明することが困難な約款であるといつてよい。約款の機能が異なるのは、約款の機能する場合Ⅱ産業分野が異なるからである。従来の約款研究では、比較的見逃されてきた視点であるように思われる。この点の社会科学的分析が必要となっている。<sup>(36)</sup>

5 二著が、コンメンタールという形式をとっていることからすれば、過度の要求であろうが、評者の問題関心がらすれば、建設業においてきわめて重要な意味をもつにいたっている、建設請負契約約款の扱いをより重視する必要があるのではないかと思われる。約款は、建設業法具体化であり、修正であるから、約款の解説は、より立体的に建設業法を理解する一助となると考えられる。四会連合約款を含む建設請負約款は、現実には、建設業法とならぶ重要性をもっており、約款条文の紹介とともに、この分野の第一人者である著者に約款の詳細な解説を望むのは評者だけではないであろう。

建設業法と私法的効力の問題も、評者の問題関心からすれば、著者の見解を教示して頂きたい点のひとつであ

る。行政取締法違反があった場合の、私法上の効力如何の問題である。これは、解決困難な法的課題であるが、現代資本主義法の構造を理解し、その射程を測る意味で重要性をもつであろう。<sup>(37)</sup>

しかしながら、以上の問題は、コンメンタールという形式のもとでは過度の要求であり、二著を基盤として、評者自身が今後、発展、深化させなければならない課題であると受け止めている。

以上のように、評者の問題関心にひきつけて若干の論評を進めてきたことから、重要論点の誤解や脱落がありうるかもしれない。紙幅の制約から割愛せざるをえなかった、「元請・下請」、「紛争処理機関」の問題など残された論点を含め、評者の今後の研究の過程でさらに検討を深め、二著の論旨を生かしていきたいと考える。

(1) 日米経済摩擦の法的課題について、さしあたり、つぎの二つの特集を参照。田島義博ほか「日本の取引慣行をめぐって」ジュリスト九五〇号一六頁以下、松下満雄ほか「日米構造問題協議—法的課題の検討」ジュリスト九六五号一五頁以下。

(2) 松下満雄「日米構造協議と競争制限的慣行の規制」ジュリスト九五〇号三三～三四頁。

(3) 内山尚三『談合問題への視点』（都市文化社・一九八二）一頁以下。

(4) 内山・前掲書二八頁。

(5) 内山・前掲書六五頁以下。

(6) 内山・前掲書六頁以下。

(7) わが国の公共工事の契約事務では、一般競争契約、指名競争契約、随意契約の三者がある。一般競争契約は、機会均等で相手の選定が公正となり、経済性を確保する点ですぐれているが、不誠実不信用の者の参加を許すことになり、かえって公正な競争の実施が妨げられ、また経費などが膨大になりやすい。随意契約は、事務処理が簡単である反面、機会が不均等となり、情実に左右されやすく公正な取引の実を失いがちで、経済性も確保しにくくなる（内山・前掲書六～七頁）。

(8) 内山・前掲書七～一一頁。

(9) 著者は、法政大学教授を経て、現在、札幌大学法学部長、法政大学名誉教授。

(10) 専修大学名誉教授。

(11) 元大成建設株式会社法務部長。

(12) 分担は、序説・四章の三・五章・六章が内山尚三、一章・三章の二・四章の二・七章・八章が打田峻一、二章・三章・四章が加藤木精一となっている。

(13) 渡辺洋三『現代法の構造』(岩波書店・一九七五) 三九頁以下など参照。

(14) たとえば、「割賦販売法の形成と問題点―消費者信用との関連を中心として―」札幌商科大学論集三二号一八一頁以下、「普通取引約款の生成と法―銀行取引約定書ひな型」研究序説―旭川大学紀要二二号一三頁以下、「不動産取引規制と民法理論―宅建業法の展開と消費者問題―」旭川大学紀要二五号一三七頁以下、『クレジット販売関係法の解説』(一橋出版・一九八九) などである。

(15) 建設業法に関しては、内山尚三・山口康夫「住宅建設と消費者」加藤一郎・竹内昭夫編『消費者法講座・六巻』(日本評論社・一九九一) 一頁以下、山口康夫「建設請負契約における「約款」の形成と機能(一)」建設総合研究三九巻二号一頁以下で検討を加えている。

(16) 内山尚三「建設業における構造変化と再編成」内山・木内共著『建設産業論』所収(都市文化社・一九八三) 一頁。

(17) 内山・前掲書(註16) 一頁。

(18) 川島武宜・渡辺洋三『土建請負契約論』(日本評論社・一九六〇) 一頁以下。

(19) 内山尚三『建設労働論』(都市文化社・一九八三) 一頁以下。

(20) 打田峻一「標準請負契約約款覚書」勝本先生還暦記念『現代私法学の諸問題(上)』所収(有斐閣・一九五九) 三二六頁以下。

(21) 椿寿夫ほか「建設請負約款の研究」法律時報四二巻九号八頁以下、水本浩ほか「建売り・注文住宅の法律問題(1)」「(3)」法律時報四三巻一〇号八頁以下、同四三巻一一号八一頁以下、同四三巻一二号四八頁以下など。

(22) 中村絹次郎・高比良和雄・俵正秀『欧米の建設業と請負契約』(新建築社・一九六六) 一頁以下、荒井八太郎『建設請負契

約論』（勁草書房・一九六七）一頁以下、岩崎脩『建設工事請負契約の研究』（清文社・一九七〇）一頁以下など。

(23) 内山Ⅱ木内・前掲書一頁以下。

(24) 内山尚三『民法総合判例研究・請負』（一粒社・一九七八）一頁以下。

(25) 内山Ⅱ山口・前掲稿（住宅建設と消費者）一頁以下。

(26) 内山尚三『転換期の建設業（第三版）』（清文社・一九七九）一頁以下、内山Ⅱ木内・前掲書一頁以下。

(27) 内山・前掲書（転換期の建設業）一四頁。

(28) 下請について、内山・前掲書（建設労働論）一九四頁。

(29) これは、社会政策としての失業政策の欠如を、土木建設業、あるいは、公共土木事業が補ったことを意味する。内山Ⅱ山口・前掲稿六頁以下参照。

(30) 第三八回国会参議院建設委員会議事録二四号一四頁。

(31) この点については、吉川吉衛『保険事業と規制緩和』（同文館・一九八五）一頁以下、とくに一五頁以下が参照されるべきである。

(32) 建設業法一八、一九条は、訓示規定であるとするのが、判例（新潟地高田支判昭和二八年一月一四日下民集一一卷一六八七頁）、通説（我妻栄『債権各論（中巻二）』（岩波書店・一九六二）六〇三頁）である。

(33) この他、民間工事の建設請負契約で利用されている「四会連合協定・工事請負契約約款」がある。同約款は、昭和二六年二月に決定され、その後昭和五六年九月までに四次の改正を経ている。なお、四会とは、社団法人日本建築学会、社団法人日本建築協会、社団法人日本建築家協会、社団法人全国建設業協会をいう。

(34) この点について、山口・前掲稿（建設請負契約における「約款」の形成と機能（一））一頁以下で検討を加えている。

(35) 打田・前掲稿三一六頁以下。

(36) 山口・前掲稿（建設請負契約における「約款」の形成と機能（二））一頁以下が、この試みである。

(37) 山口康夫「取締規定に違反する契約の効力―消費者取引との関連を中心として―」札幌法学二卷一号三三頁以下が、この視点からの検討である。